

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/113038>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden gerechtvaardigd?

D.A.G. van Toor¹

1. Inleiding

Begin mei is het conceptwetsvoorstel Computercriminaliteit III voorgelegd aan verschillende adviserende organen.² In dit wetsvoorstel is onder andere een bepaling opgenomen om verdachten van kinderporno te bevelen wachtwoorden van versleutelde bestanden over te dragen aan justitie.³ Sterk versleutelde bestanden zijn immers nauwelijks te kraken.⁴ Zo wordt betwijfeld of justitie in de Robert M.-zaak alle bestanden in een vroeg stadium tijdens het opsporingsonderzoek in zijn bezit had gekregen als de verdachte niet had meegewerkt. Het bevel kan worden gegeven door een officier van justitie en er is een controlerende taak weggelegd voor de rechter-commissaris. Wordt door de verdachte niet voldaan aan het bevel, dan kan de weigeraar worden gestraft met een maximale gevangenisstraf van drie jaren. Volgens de minister levert het decryptiebevel geen schending van het nemo-teneturbeginsel (iemand kan niet worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken) op.

In deze bijdrage zet ik mijn visie omtrent een toetsingskader uiteen waaraan kan worden getoetst of nemo-teneturbeginsel is geschonden. Aan de hand van dat kader beoordeel ik de vraag of een decryptiebevel inderdaad verenigbaar is met het nemo-teneturbeginsel. Ondanks dat het belang van het verbod op gedwongen zelfincriminatie over het algemeen wordt aanvaard als onderdeel van het eerlijk procesrecht, is het bepaald onduidelijk waarom de verdachte dient te worden beschermd tegen gedwongen zelfincriminatie en waartegen de verdachte dan precies wordt beschermd. Sommige auteurs betwijfelen of het bestaan van het nemo-teneturbeginsel wel kan worden gerechtvaardigd.⁵ Daarnaast bestaat discussie of het beginsel bescherming biedt tegen het door dwang verkrijgen van *bepaald type bewijsmiddelen*

¹ Mr. D.A.G. (Dave) van Toor BSc is als docent en onderzoeker verbonden aan de vaksectie Straf(process)recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Memorie van Toelichting wetsvoorstel versterking aanpak computercriminaliteit (Computercriminaliteit III), <<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/05/02/opstelten-versterkt-aanpak-computercriminaliteit.html>>, laatst geraadpleegd op 15 juli 2013.

³ Memorie van Toelichting wetsvoorstel versterking aanpak computercriminaliteit (Computercriminaliteit III), <<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/05/02/opstelten-versterkt-aanpak-computercriminaliteit.html>>, laatst geraadpleegd op 15 juli 2013.

⁴ B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel: Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2012, p. 23.

⁵ D. Dolinko, 'Is there a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination', *UCLA L Rev* 1985-1986, 4, p. 1063-1148 en R.J. Allen, 'Theorizing about Self-Incrimination', *Cardozo L Rev* 2008-2009, 3, p. 729-750

of dat het beginsel de verdachte beschermt tegen *handelingen die de verdachte dwingen* bewijs over te dragen.⁶

Het is daarom noodzakelijk om de bescherming die nemo-teneturbeginsel biedt uit te werken. Ik richt mij in dit artikel op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en minder op de theoretische rechtvaardiging van het beginsel. Uiteindelijk gaat het mij om het ontwikkelen van een praktisch model met behulp waarvan opsporingsmethoden en het eerder genoemde decryptiebevel aan het nemo-teneturbeginsel kunnen worden getoetst. Ten slotte concludeer ik dat in de huidige vorm het wetsvoorstel strijd oplevert met het nemo-teneturbeginsel.

2. Het nemo-teneturbeginsel

Het nemo-teneturbeginsel is het recht tegen gedwongen zelfbelasting: iemand kan niet worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Het is een belangrijke beperking die op opsporingsautoriteiten rust wanneer het gaat om het vergaren van bewijsmateriaal tegen een verdachte.⁷ Een vraag met betrekking tot het nemo-teneturbeginsel waarmee in de wetenschap en de rechtspraak wordt geworsteld, is onder andere of het beginsel bescherming biedt tegen *bepaalde handelingen* om bewijs te verkrijgen (*'means based'*) of dat het bescherming biedt tegen gedwongen verkrijging van een *bepaald soort bewijs* (*'material based'*).

Een *means based* uitwerking van het nemo-teneturbeginsel biedt bescherming tegen handelingen die de verdachte dwingen bewijs over te dragen. Een voorbeeld is het toedienen van braakmiddel bij een verdachte via de neus terwijl de verdachte door vier politieagenten wordt gefixeerd. De handelingen van de autoriteiten dwingen de verdachte het bewijs te 'overhandigen'. In de *means based* visie staat de dwang / druk die op de verdachte wordt uitgeoefend centraal. In een absolute vorm zou elke vorm van druk, waardoor de bewijsoverdracht niet volledig vrijwillig plaatsvindt, een schending van het nemo-teneturbeginsel opleveren.

Een *material based* uitwerking van het nemo-teneturbeginsel geeft de verdachte bescherming tegen de gedwongen vergaring van bepaalde soorten bewijsmateriaal. Binnen

⁶ M. Redwayne, 'Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination', *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, 2, p. 215.

⁷ E. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef*, Deventer: Kluwer, 1978, p. 24 en N. Jörg, 'Artikel 29', aant. 8.1, in: A.L. Melai e.a., *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 2005 en A. Ashworth & M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 145.

deze bescherming wordt vaak gewezen op het belang van het onderscheid tussen *testimonial* en *non-testimonial evidence*.⁸ Onder de bescherming van het nemo-teneturbeginsel vallen ten minste alle verbale of schriftelijke verklaringen van de verdachte (*testimonial evidence* / bewijs dat van communicatieve aard is).⁹ De bescherming van het nemo-teneturbeginsel voor bewijs dat van communicatieve aard is, valt echter niet volledig samen met ‘verklaringen’. Het afgeven van documenten of voorwerpen kan ook van communicatieve aard zijn.¹⁰ Wanneer de vraag wordt gesteld of bepaalde documenten in jouw bezit zijn en zo ja, dat deze moeten worden overgedragen, bevat het overhandigen van de documenten ook de impliciete communicatie dat die documenten bestaan en in jouw bezit waren. Binnen de *material based* visie op het nemo-teneturbeginsel valt gedwongen verkrijging van al dat bewijs dat van communicatieve aard is onder de bescherming van het beginsel.

Veel van de moeilijkheden wat betreft de reikwijdte van de bescherming van het nemo-teneturbeginsel komen mijns inziens voort uit een rechtsoverweging in het Saunders-arrest waarin het onderscheid tussen *material* en *means based* te weinig wordt onderkend: “As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through to the use of compulsory powers but has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.”¹¹

Hierin wordt zowel een *means based*- (“through the use of compulsory powers”) als een *material based*criterium (“material that has an existence independent of the will”) genoemd, waardoor niet direct duidelijk is welke kant het EHRM op gaat.¹² De nadruk bij de

⁸ Zie bijvoorbeeld US Supreme Court 20 juni 1966, 384 U.S. 757 (1966) (Schmerber vs. California).

⁹ US Supreme Court 20 juni 1966, 384 U.S. 757 (1966) (Schmerber vs. California), r.o. 2: “The privilege against self-incrimination is not available to an accused in a case such as this, where there is not even a shadow of compulsion to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature.” HR 19 september 2006, NJ 2006, 888, r.o. 6.4: “het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel [brengt, DvT] mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring – het verschaffen van schriftelijke inlichtingen daaronder begrepen – omtrent zijn betrokken bij een strafbaar feit”.

¹⁰ L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: Van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 135 e.v. en B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel: Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2012, p. 62-64, p. 76-77.

¹¹ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn., r.o. 69 (Saunders vs. het Verenigd Koninkrijk).

¹² Vooral in de literatuur is er – gezien de volgende citaten – geworsteld met de hierboven weergegeven rechtsoverweging:

“de overwegingen van het Hof [EHRM, DvT] [scheppen] alleen maar meer verwarring over de rechtsgronden en reikwijdte van het recht tegen zelfbelasting” B.J. Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo-tenetur’, *DD* 2003, 3, p. 294;

interpretatie van Saunders is door sommige auteurs gelegd op het (on)afhankelijk bestaan van het materiaal en daarbij werd over het hoofd gezien dat het gaat om “*the use of compulsory powers*”.¹³ Zo overwoog Knigge in zijn noot onder het Saunders-arrest: “*Het Hof overweegt dat het recht om geen bewijs tegen zich zelf te leveren, zich niet uitstrekt tot bewijsmateriaal waarvan het bestaan niet afhankelijk is van de wil van de verdachte*”.¹⁴ Ward en Gardner halen hetzelfde uit rechtsoverweging 69: “[m]aterial which had an existence independant of the will of the accused, such as documents, fell outside its scope.”¹⁵

Volgens mij heeft het EHRM deze onvoorwaardelijke mogelijkheid tot het gebruik van onafhankelijk van de wil bestaand materiaal niet in het arrest opgenomen (en ook nooit bedoeld).¹⁶ En precies deze onvoorwaardelijke vertaling/interpretatie van Saunders – die het gebruik van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat tolereert – zorgt voor problemen bij de interpretatie van nemo-teneturbeginsel zoals dat werd gehanteerd in andere zaken. Een van de belangrijke zaken die tot verwarring – in verband met het Saunders-criterium – heeft geleid, is de zaak Funke¹⁷. In deze zaak (maar ook in J.B.¹⁸) oordeelde het EHRM namelijk dat het onder dwang van een geldboete verkrijgen van documenten – die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan – het beginsel schendt. Het beginsel beschermt dus niet alleen tegen de gedwongen verkrijging van bewijs dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.

Het Funke-arrest is uitermate beknopt maar in Murray¹⁹ wordt explicieter gemaakt waarom het EHRM in Funke tot een schending van het nemo-teneturbeginsel kwam: “*Such a degree of compulsion in that case [of Funke, DvT] was found by the Court to be incompatible*

“[i]n dat opzicht is de rechtspraak van het EHRM niet over de gehele linie succesvol, getuige de worstelingen van het EHRM om eenduidigheid te geven aan zijn oordelen in de zaken Funke, Saunders, JB, Jalloh en Martinen” D. Aben, conclusie, punt 10.3.1 bij HR 5 juli 2011, L/JN BP6144;

“[d]e duidelijkheid die door Saunders leek te zijn geschapen, verkeerde in opperste verwarring toen het EHRM uitspraak deed in de zaak JB” G. Knigge, conclusie, punt 61 bij HR 19 september 2006, RvdW 2006, 888;

“it is extremely difficult to reconcile [Funke] with Saunders” T. Ward & P. Gardner, ‘The privilege against self incrimination: in search of legal certainty’, *EHRLR*, 2003, 4, p. 394 en;

“[h]et is lastig chocola te maken van de genoemde drie arresten (Funke, Saunders en J.B., DvT)” L. Stevens, punt 2 annotatie bij HR 19 september 2006, *NJCM-Bulletin* 2007, 5, p. 630.

¹³ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, r.o. 69 (Saunders vs. het Verenigd Koninkrijk). Zie ook M. Redmayne, ‘Rethinking the privilege against self incrimination’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 2, p. 214-215.

¹⁴ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, punt 4 (Saunders vs. het Verenigd Koninkrijk).

¹⁵ T. Ward & P. Gardner, ‘The privilege against self incrimination: in search of legal certainty’, *EHRLR*, 2003, 4, p. 392.

¹⁶ Zie ook R.J. Koopman, ‘Het zwijgrecht na J.B.’, *WFR* 2002, 6497, p. 1353.

¹⁷ EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1994, 485, m.nt. Kn. (Funke vs. Frankrijk).

¹⁸ EHRM 3 mei 2001, *NJCM Bulletin* 2002, 5, m.nt. Lenos (J.B. vs. Zwitserland).

¹⁹ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn (John Murray vs. het Verenigd Koninkrijk).

with Article 6”.²⁰ Niet het feit dat het overdragen van de documenten ook van communicatieve aard is, maar de mate van dwang was beslissend in Funke. Overigens stelt het EHRM in de zaak Murray zelf ook ‘*the degree of compulsion*’ voorop bij de beoordeling van de schending van het nemo-teneturbeginsel in die zaak.²¹

Een laatste voorbeeld waar het EHRM wijst op het belang van de ingezette dwang bij het beoordelen van de schending van het nemo-teneturbeginsel, en dus niet op het soort materiaal, is de recente zaak Tsonyo Tsonev.²² Het EHRM overwoog: “*which raises the question whether that confession was free from improper compulsion [...] He has not alleged that officer N.D. had threatened him or had used force or other forms of coercion against him in order to make him confess, or that his confession had not been voluntary for other reasons.*”²³ Omdat Tsonev op geen enkel moment tijdens het proces kanttekeningen had geplaatst bij de wijze van verhoren door de Bulgaarse autoriteiten, kon het EHRM niet beoordelen of sprake was van *improper compulsion*.

Het EHRM bekijkt in alle zaken over het nemo-teneturbeginsel of er sprake is van geoorloofde of ongeoorloofde dwang. Niet beslissend is welk type bewijs wordt verzameld. In voldoende zaken plaats het EHRM materiaal dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat niet onder de bescherming van het nemo-teneturbeginsel.²⁴ Materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat valt onder bepaalde omstandigheden wel onder de bescherming van het beginsel.²⁵ Dit laat zien dat het type bewijs niet doorslaggevend is. In veel zaken gebruikt het EHRM ook de overweging: “[T]he degree of compulsion, imposed on the applicant [...] compelling him to provide information [...] destroyed the very essence of his privilege against self-incrimination”.²⁶ Hierin wordt duidelijk de mate van de dwang op de voorgrond gezet. Door bepaalde dwang te gebruiken kan ‘de essentie’ van het nemo-teneturbeginsel worden vernietigd.

²⁰ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn, r.o. 49 (John Murray vs. het Verenigd Koninkrijk).

²¹ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn, r.o. 46-49 (John Murray vs. het Verenigd Koninkrijk).

²² EHRM 16 oktober 2012, appl.no. 21124/04 (Tsonyo Tsonev vs. Bulgarije (nr. 3)).

²³ EHRM 16 oktober 2012, appl.no. 21124/04, r.o. 44 (Tsonyo Tsonev vs. Bulgarije (nr. 3)).

²⁴ Zonder volledig te willen zijn, noem ik: EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002, 180, m.nt. Sch. (Khan vs. het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 29 juni 2007, *NJ* 2008, 25, m.nt. EAA (O’Halloran & Francis vs. het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 10 maart 2009, *NJCM Bulletin* 2010, 4, m.nt. Van der Voort (Bykov vs. Rusland) en EHRM 21 april 2009, *NJ* 2009, 557, m.nt. Sch (Marttinen vs. Finland).

²⁵ Zonder volledig te willen zijn, noem ik: EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1994, 485, m.nt. Kn. (Funke vs. Frankrijk). EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001, 471, m.nt. Kn (Teixeira de Castro vs. Portugal). EHRM 3 mei 2001, *NJCM Bulletin* 2002, 5, m.nt. Lenos (J.B. vs. Zwitserland). EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007, 226, m.nt. Sch (Jalloh vs. Duitsland).

²⁶ EHRM 21 december 2000, *EHRC* 2001, 18, m.nt. Spronken, r.o. 56 (Quinn vs. Ierland) en EHRM 21 december 2000, appl. no. 34720/97, r.o. 55 (Heaney & McGuinness vs. Ierland).

Aldus lijkt het onderscheid tussen materiaal dat afhankelijk en onafhankelijk van de wil bestaat alleen van belang voor de beoordeling welke mate van dwang mag worden gebruikt. Anders verwoord: het nemo-teneturbeginsel biedt bescherming tegen bepaalde *means*, maar of het ingezette middel ongeoorloofd is, wordt (mede) ingevuld door het soort materiaal (*material based*). Zo kan materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat vaak door middel van een dwangmiddel (*compulsory power*) worden verkregen. Als de opsporingsautoriteiten de geldende strafvorderlijke bepalingen niet overtreden, is er sprake van geoorloofde dwang. Daarentegen dient de verdachte in beginsel materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat volledig in vrijheid over te dragen om het te kunnen gebruiken in het strafrecht. De meeste vormen van dwang om materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat te verkrijgen zijn *improper*.

3. Concretisering van het toetsingskader

In Jalloh,²⁷ en vervolgens onder andere in O'Halloran & Francis, beschrijft het EHRM aan welke punten moet worden getoetst of er een schending van het nemo-teneturbeginsel is. "*In the light of the principles contained in its Jalloh judgment, and in order to determine whether the essence of the applicants' right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which any material so obtained was put.*"²⁸ Uit de overweging volgt dat het EHRM drie criteria gebruikt om het handelen van de opsporingsautoriteiten te toetsen: 1) de mate en aard van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen; 2) relevante waarborgen in de procedure en; 3) de manier waarop het bewijs wordt gebruikt.²⁹

In Jalloh wordt aan deze criteria door het EHRM een vierde criterium toegevoegd.³⁰ Het gaat hierbij om het criterium 'het belang bij opsporing, vervolging en berechting van ernstige strafbare feiten'. Dit criterium wordt in het Jalloh-arrest overigens niet genoemd bij het uiteen zetten van de algemene principes³¹ en komt in latere jurisprudentie over het nemo-

²⁷ EHRM 11 juli 2006, NJ 2007, 226, r.o. 46 (Jalloh vs. Duitsland).

²⁸ EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25, m.nt. EAA, r.o. 55 (O'Halloran & Francis vs. het Verenigd Koninkrijk).

²⁹ In dit toetsingskader wordt enkel een *means based* criterium gebruikt (aard en mate van dwang). Het EHRM stelt derhalve niet als algemeen criterium dat het nemo-teneturbeginsel bescherming biedt tegen bepaalde soorten bewijsmiddelen.

³⁰ EHRM 11 juli 2006, NJ 2007, 226, r.o. 63 (Jalloh vs. Duitsland).

³¹ EHRM 11 juli 2006, NJ 2007, 226, r.o. 46 (Jalloh vs. Duitsland).

teneturbeginsel ook niet terug.³² Eerder overwoog het EHRM al dat het nemo-teneturbeginsel van toepassing is bij “*all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex cases.*”³³ De enige uitzondering hierop werd in de zaak Jalloh gemaakt, maar hier werkte het criterium ten voordele van de verdachte. Bij bagatel delicten – waarbij het belang van opsporing en berechting gering is – wordt eerder een schending van het nemo-teneturbeginsel aanvaard, maar dat betekent niet dat ook het omgekeerde geldt: bij zwaardere delicten is er minder snel een schending van het nemo-teneturbeginsel.³⁴

Het eerste criterium, *de aard en mate van dwang*, ziet op de handeling(en) die door de overheid zijn verricht om het bewijs te verkrijgen. Uiteindelijk gaat het hierbij om het oordeel of de dwang geoorloofd was. Ongeoorloofde dwang is een noodzakelijke voorwaarde voor een schending van het nemo-teneturbeginsel. Bewijs dat is verkregen zonder dat dwang is gebruikt, valt niet onder de bescherming van het nemo-teneturbeginsel. Voorbeelden van ongeoorloofde dwang om bewijsmateriaal te vergaren, kunnen zijn (het dreigen met) een gevangenisstraf³⁵ of een geldboete als de verdachte niet meewerkt aan het onderzoek,³⁶ het folteren³⁷ of onmenselijk behandelen van de verdachte,³⁸ het tot een strafbaar feit uitlokken van de verdachte³⁹ of het misleiden van de verdachte.⁴⁰ Het schenden van artikel 8 EVRM is niet per definitie voldoende om ongeoorloofde dwang aan te nemen.⁴¹

De toets of *voldoende relevante waarborgen* (het tweede criterium) bestaan, bepaalt mede of sprake is van (on)geoorloofde dwang. Gedragingen die mogelijk zijn geoorloofd, kunnen door afwezigheid van relevante waarborgen toch als ongeoorloofd worden gecategoriseerd. In Jalloh wordt overwogen dat in de Duitse regeling in beginsel relevante waarborgen waren opgenomen die ongeoorloofd gebruik van braakmiddel om bewijs te

³² Zie E. Myjer, *dissenting opinion*, onder EHRM 29 juni 2007, appl.nos. 15809/02 25624/02 (O’Halloran & Francis t. het Verenigd Koninkrijk).

³³ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, r.o. 74 (Saunders vs. het Verenigd Koninkrijk).

³⁴ Zie ook D.A.G. van Toor, ‘Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel’, *NJB* 2013, 8, p. 478.

³⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, *EHRC* 2001, 18, m.nt. Spronken (Quinn vs. Ierland). EHRM 21 december 2000, appl. no. 34720/97 (Heaney & McGuinness vs. Ierland).

³⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1994, 485, m.nt. Kn. (Funke vs. Frankrijk). EHRM 3 mei 2001, *NJCM Bulletin* 2002, 5, m.nt. Lenos (J.B. vs. Zwitserland).

³⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 21 april 2011, appl.no. 42310/04 (Nechiporuk & Yonkalo vs. Oekraïne).

³⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007, 226, m.nt. Sch (Jalloh vs. Duitsland).

³⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001, 471, m.nt. Kn (Teixeira de Castro vs. Portugal).

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004, 262 (Allan vs. het Verenigd Koninkrijk).

⁴¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002, 180, m.nt. Sch. (Khan vs. het Verenigd Koninkrijk). EHRM 10 maart 2009, *NJCM Bulletin* 2010, 4, m.nt. Van der Voort (Bykov vs Rusland). Khan en Bykov werden afgeluisterd zonder wettelijke grondslag, waardoor de inbreuk op artikel 8 EVRM niet voldeed aan de eisen van artikel 8 lid 2 EVRM. Wat betreft het oordeel over het nemo-teneturbeginsel hechtte het EHRM in beide zaken vooral veel belang aan het feit dat de afgeluisterde verklaringen door de verdachten vrijwillig waren afgelegd. Door de infiltrant (Bykov) werd geen druk uitgeoefend om te verklaren en Khan werd afgeluisterd in een woning. Hierdoor werd het beroep op het nemo-teneturbeginsel van Khan en Bykov door het EHRM verworpen. Ongeoorloofde dwang is derhalve essentieel.

verkrijgen tegen moesten gaan.⁴² Zo moest de handeling worden uitgevoerd door een dokter in een ziekenhuis en alleen als er geen risico voor letsel was (waarvoor communicatie met de ‘patiënt’ cruciaal is). Omdat Jalloh het Duits niet machtig was en slechts gebroken Engels sprak, oordeelde het Hof dat de procedure gebrekkig was toegepast.

Een ander punt dat mede bepaald of dwang onrechtmatig is, is *in welk deelgebied* van het (straf)recht de dwang wordt uitgeoefend. In het arrest Jussila⁴³ oordeelde het EHRM namelijk dat bepaalde garanties, die onder de eerlijk procesrechten vallen, niet per definitie gelden in het belastingrecht.⁴⁴ Het Hof oordeelde in de zaken Marttinen⁴⁵ en O’Halloran & Francis⁴⁶ dat het nemo-teneturbeginsel niet in volle omvang geldt in het belastingrecht en het (administratieve) verkeersrecht.⁴⁷ Het EHRM overwoog dat: “[t]he obligation to disclose income and capital for the purposes of the calculation and assessment of tax, for example, is a common feature of the taxation systems of Contracting States and it would be difficult to envisage them functioning effectively without it”⁴⁸ en “[h]aving regard to all the circumstances of the case, including the special nature of the regulatory regime in issue and the limited nature of the information sought by a notice under section 172 of the Road Traffic Act 1988, the Court considers that the essence of the applicants’ right to remain silent and their privilege against self-incrimination has not been destroyed.”⁴⁹

Uiteindelijk is vaak bepalend voor een schending van het nemo-teneturbeginsel *de manier waarop het vergaarde bewijs wordt gebruikt* (het derde criterium). In de zaak Gäfgen⁵⁰ vindt het EHRM het gebruik van het door ongeoorloofde dwang verkregen bewijs doorslaggevend voor een schending van het nemo-teneturbeginsel. Als het door dwang verkregen bewijs namelijk niet wordt gebruikt voor de bewezenverklaring of straftoemeting, is er geen processueel belang meer voor de verdachte. Het ‘besmette’ bewijs wordt niet gebruikt waardoor de onrechtmatigheid is ‘geheeld’. Uit een minder bekende rechtsoverweging in de Saunders-zaak kan hetzelfde worden afgeleid. Volgens het EHRM is zijn “sole concern in the present case [...] the use made of the relevant statements at the applicant’s criminal trial.”⁵¹ Overigens lijkt uit J.B. af te leiden dat *de kans* dat het bewijs dat

⁴² EHRM 11 juli 2006, NJ 2007, 226, m.nt. Sch, r.o. 120 (Jalloh vs. Duitsland).

⁴³ EHRM 23 november 2006, appl.no. 73053/01 (Jussila vs. Finland).

⁴⁴ EHRM 23 november 2006, appl.no. 73053/01, r.o. 43 (Jussila vs. Finland).

⁴⁵ EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557, m.nt. Sch (Marttinen vs. Finland).

⁴⁶ EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25, m.nt. EAA (O’Halloran & Francis vs. het Verenigd Koninkrijk).

⁴⁷ EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25, m.nt. EAA, r.o. 62 (O’Halloran & Francis vs. het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557, m.nt. Sch, r.o. 68 (Marttinen vs. Finland).

⁴⁸ EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557, m.nt. Sch, r.o. 68 (Marttinen vs. Finland).

⁴⁹ EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25, m.nt. EAA, r.o. 62 (O’Halloran & Francis vs. het Verenigd Koninkrijk).

⁵⁰ EHRM 1 juni 2010, NJ 2010, 628, m.nt. YB (Gäfgen vs. Duitsland).

⁵¹ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn, r.o. 67 (Saunders vs. het Verenigd Koninkrijk).

door de ongeoorloofde dwang wordt verkregen tegen de verdachte wordt gebruikt ook voldoende voor een schending is.⁵² J.B. droeg het bewijs na verschillende geldboetes namelijk niet over, dus het bewijs kon niet tegen hem worden gebruikt. Het EHRM gebruikt in zijn argumentatie om tot een schending van het nemo-teneturbeginsel te komen dat niet kon worden uitgesloten dat het bewijs eventueel tegen de verdachte zou worden gebruikt.

4. Het decryptiebevel getoetst

In deze paragraaf wordt het decryptiebevel getoetst aan de hierboven besproken criteria. In het wetsvoorstel wordt de bevoegdheid verdachten een decryptiebevel te geven, toegekend aan officieren van justitie. Deze behoeven daartoe een machtiging van een rechter-commissaris. Het niet voldoen aan het bevel door de verdachte kan worden gestraft met een gevangenisstraf van maximaal drie jaren. De voorgestelde regeling lijkt qua dwang het meest op de zaken Heaney & McGuinness⁵³ en Quinn⁵⁴.

Op 23 oktober 1990 werden vijf Britse soldaten en één burger gedood bij een bomaanslag op een controlepost in Ierland. Anderhalf uur later werden verschillende verdachten in een woning in de buurt van de aanslag aangehouden. Zowel Heaney als McGuinness werden ondervraagd over hun aanwezigheid in de woning, waar onder andere handschoenen, balaklava's, petten en andere kleding in beslag werden genomen. Beide verdachten beriepen zich op hun zwijgrecht. De politie wees de verdachten op artikel 52 van de 1939 *Act* waarin personen die worden verdacht van terrorisme worden verplicht een volledige beschrijving van gedragingen van een bepaald(e) dag(deel) te geven. Het niet voldoen aan dit bevel kan worden bestraft met maximaal zes maanden gevangenisstraf. De verdachten bleven ook na deze confrontatie zwijgen. Heaney en McGuinness werden uiteindelijk allebei veroordeeld voor het niet voldoen aan het bevel tot een gevangenisstraf van zes maanden.

In een andere zaak werd Quinn verhoord over een terroristische aanval van de IRA op een geldtransport waarbij de begeleiders (waaronder twee politieagenten) van het transport werden beschoten en één politieagent is overleden. Ook Quinn werd geconfronteerd met artikel 52 van de 1939 *Act* maar weigerde antwoord te geven op de vragen van de verhorende

⁵² EHRM 3 mei 2001, *NJCM Bulletin* 2002, 5, m.nt. Lenos, r.o. 66 (J.B. vs. Zwitserland). Zie ook B.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD* 2003, 3, p. 291-292.

⁵³ EHRM 21 december 2000, appl. no. 34720/97 (Heaney & McGuinness vs. Ierland).

⁵⁴ EHRM 21 december 2000, *EHRC* 2001, 18, (Quinn vs. Ierland).

autoriteiten. Uiteindelijk werd ook Quinn veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf voor het niet voldoen aan het bevel.

De regeling van artikel 52 1939 *Act* verschilt overigens met de door de minister van Veiligheid en Justitie voorgestelde bevoegdheid voor het decryptiebevel. In de Ierse zaken waren politieagenten bevoegd terwijl het beoogde Nederlandse decryptiebevel kan worden gegeven door een officier van justitie na machtiging van de rechter-commissaris. Daarnaast is het decryptiebevel een veel beperktere inbreuk op het nemo-teneturbeginsel (een wachtwoord versus een beschrijving van een dag(deel)). Maar de mogelijke gevangenisstraf is in de voorgestelde Nederlandse regeling veel zwaarder: drie jaar versus zes maanden.

In Heaney & McGuinness en in Quinn overweegt het EHRM “*that the “degree of compulsion”, imposed on the applicant by the application of section 52 of the 1939 Act with a view to compelling him to provide information relating to charges against him under that Act, in effect, destroyed the very essence of his privilege against self-incrimination and his right to remain silent.*”⁵⁵ Het bedreigen met een gevangenisstraf van zes maanden om informatie te verkrijgen over een aandeel bij een terroristische aanslag is ongeoorloofde dwang. Als dat zo is, dan zal het dreigen met een maximale toegestane gevangenisstraf van drie jaren voor het niet voldoen aan het decryptiebevel de Straatsburgse toets niet kunnen doorstaan. Zes maanden gevangenisstraf ter zake van terrorisme is immers al ongeoorloofd.

Dit laat de vraag open of een vrijheidsstraf van beperktere duur als dwang kan worden gebruikt om bewijs te verkrijgen. Ik durf dat ernstig te betwijfelen. Onder omstandigheden heeft het EHRM aanvaard dat geldstraffen geoorloofde dwang vormen om informatie te verkrijgen.⁵⁶ Zonder op alle verschillen tussen deze zaken in te gaan, is de hoogste geldboete die als dwang werd toegestaan 1.000 Britse ponden. De geldstraffen / dwangsommen in Marttinen (33.000 euro),⁵⁷ Funke (10.750 Franse frank),⁵⁸ J.B. (5.000 Zwitserse frank)⁵⁹ en Chambaz (3.599 euro)⁶⁰ werden als ongeoorloofde dwang bestempeld. De hoogst toegestane straf als dwang om informatie te verkrijgen lijkt derhalve een beperkte geldboete. Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat het hier een zaak (O’Halloran & Francis) betrof in het verkeersrecht, waarover is betoogd dat het nemo-teneturbeginsel een andere uitwerking kent.

⁵⁵ EHRM 21 december 2000, appl. no. 34720/97, r.o. 55 (Heaney & McGuinness vs. Ierland) en EHRM 21 december 2000, EHRC 2001, 18, r.o. 56 (Quinn vs. Ierland).

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25, m.nt. EAA, (O’Halloran & Francis vs. het Verenigd Koninkrijk).

⁵⁷ EHRM 21 april 2009, NJ 2009, 557, m.nt. Sch (Marttinen vs. Finland).

⁵⁸ EHRM 25 februari 1993, NJ 1994, 485, m.nt. Kn. (Funke vs. Frankrijk).

⁵⁹ EHRM 3 mei 2001, NJCM Bulletin 2002, 5, m.nt. Lenos (J.B. vs. Zwitserland).

⁶⁰ EHRM 5 april 2012, NJB 2012, 1306 (Chambaz vs. Zwitserland).

Relevante waarborgen kunnen ongeoorloofde dwang eventueel ‘repareren’. De Ierse regering wees in Heaney & McGuinness en Quinn op de verschillende waarborgen – waaronder het recht op rechtsbijstand en de cautie – bij de toepassing van artikel 52 1939 Act.⁶¹ Volgens het EHRM moeten de waarborgen wel effectief en voldoende de mate van dwang reduceren.⁶² Alle waarborgen uit de 1939 Act maken niet dat de keuzemogelijkheid voor een verdachte anders wordt. Het is *of* bekennen (in een procedure waar je op je zwijgrecht wordt gewezen en waarbij je beroep kunt doen rechts- en medische bijstand) *of* een gevangenisstraf accepteren.

De relevante waarborgen voor het decryptiebevel zijn de machtiging van de rechter-commissaris, het horen van de verdachte, rechtsbijstand en de toepassing bij een dringend opsporingsbelang. Deze waarborgen maken de keuzemogelijkheid voor een verdachte die het bevel krijgt niet anders. De dwang – maximaal drie jaren gevangenisstraf – wordt er niet door verlicht. Misschien dat een rechter-commissaris minder snel een bevel afgeeft dan een officier van justitie of een politieagent, maar dat heeft geen invloed op de keuze tussen een gevangenisstraf of het geven van een wachtwoord. Al met al lijkt mij dat de ongeoorloofde dwang (van drie jaren gevangenisstraf) de Straatsburgse toets niet doorstaat.

Volledigheidshalve nog een enkel woord over het laatste criterium: op welke wijze het door dwang verkregen materiaal wordt gebruikt. De minister overweegt uitdrukkelijk dat een decryptiebevel met bewijsuitsluiting niet goed past in de Nederlandse strafvordering. Het doel is door gebruik te maken van het bevel bewijs te vergaren. Dit houdt in dat het bewijs dat met deze bevoegdheid wordt verkregen het belangrijkste bewijs voor het bezit van kinderporno is. Door het toepassen van het bevel kan namelijk worden vastgesteld dat de (inmiddels)

⁶¹ EHRM 21 december 2000, EHRC 2001, 18, r.o. 27 (Quinn vs. Ierland): “the requirement that a police officer must have a bona fide suspicion prior to arrest; the obligatory informing of the suspect of the offences under the 1939 Act and/or of the scheduled offences of which he is suspected; the right to legal assistance when reasonably requested; the right to medical assistance; the right of access to court; the right to remain silent and to be told of that right; the obligations to provide appropriate cautions to detainees and to abstain from cross-examining a person in detention under section 30 of the 1939 Act and from unfair and oppressive questioning of such detainees; and the conditions attaching to any extension of the length of detention under section 30 of the 1939 Act.”

⁶² EHRM 21 december 2000, appl. no. 34720/97, r.o. 51 (Heaney & McGuinness vs. Ierland) en EHRM 21 december 2000, EHRC 2001, 18, r.o. 51 (Quinn vs. Ierland): “The Court notes that the High Court in the above-cited Heaney and McGuinness case (see paragraph 27 above) considered that such protections minimised the risk of an accused wrongfully confessing to a crime and safeguarded against the possible abuse of the powers provided by section 52 of the 1939 Act. Important as they are, the Court is, however, of the view that such protections could only be relevant to the present complaints if they could effectively and sufficiently reduce the degree of compulsion imposed by section 52 of the 1939 Act to the extent that the essence of the rights at issue would not be impaired by that domestic provision. However, it is considered that the protections referred to by the Government could not have had this effect. The application of section 52 of the 1939 Act in an entirely lawful manner and in circumstances which conformed with all of the safeguards referred to above, could not alter the choice presented by section 52 of the 1939 Act: either the information requested was provided by the applicant or he faced potentially six months’ imprisonment (onderstreping DvT).”

ontsleutelde bestanden kinderporno bevatten en in het bezit waren van de verdachte. Dit terwijl het EHRM in Gäfgen overwoog dat als besmet bewijs invloed heeft op een bewezenverklaring of strafoplegging er sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel.⁶³ De enige manier waarop het decryptiebevel in zijn huidige vorm de Straatsburgse toets kan doorstaan, is als het bewijs dat met behulp van het bevel wordt verkregen wordt uitgesloten. Dit maakt dat de verdachte tegen wie het bevel is ingezet hoogstwaarschijnlijk vrijuit gaat, terwijl het bewijs wel kan worden gebruikt in andere zaken.

5. Samenvatting

In het wetsvoorstel Computercriminaliteit III is een bevoegdheid opgenomen die verdachten, onder bedreiging van maximaal drie jaren gevangenisstraf, verplichten wachtwoorden van versleutelde bestanden over te dragen aan justitie. De vraag rijst of deze bevoegdheid een schending oplevert van het beginsel dat een verdachte niet mee hoeft te werken aan zijn eigen veroordeling. Het door mij besproken toetsingskader laat zien dat het nemo-teneturbeginsel verdachten beschermt tegen bepaalde vormen van bewijsvergaring, waarbij de relevante waarborgen en het rechtsgebied een eventuele inbreuk kunnen rechtvaardigen. Uiteindelijk is essentieel voor een schending van het nemo-teneturbeginsel dat het door ongeoorloofde dwang verkregen bewijs tegen de verdachte wordt gebruikt of dat ten minste niet kan worden uitgesloten dat het bewijs tegen hem wordt gebruikt.

Toegepast op het decryptiebevelvoorstel levert dit de volgende beoordeling op. De dwang die kan worden toegepast is een gevangenisstraf van maximaal drie jaren. Het lijkt buiten elke twijfel verheven dat maximaal drie jaren gevangenisstraf ongeoorloofde dwang oplevert. In het voorstel wordt de mate en de aard van de ongeoorloofde dwang niet verzacht door relevante waarborgen. Als laatste heeft de minister zich expliciet gekeerd tegen bewijsuitsluiting van bewijs dat is verkregen door gebruik van het decryptiebevel. Dit houdt in dat de minister het verkregen bewijs voor een veroordeling wil laten gebruiken. Al met al lijkt het decryptiebevel in zijn huidige vorm de Straatsburgse toets wat betreft het nemo-teneturbeginsel niet te kunnen doorstaan. Het belangrijkste argument dat de minister naar voren brengt – dat het belang van opsporing en berechting bij ernstige strafbare feiten de inbreuk op het nemo-teneturbeginsel rechtvaardigt – , vindt geen steun in de jurisprudentie van het EHRM.

⁶³ EHRM 1 juni 2010, *NJ* 2010, 628, m.nt. YB, r.o. 187 (Gäfgen vs. Duitsland).